

El comienzo y fin de la existencia de las personas y de las cosas, en el Código Civil argentino y en el Anteproyecto de reforma.

Por Gustavo Carranza Latrubesse*

1. Introducción. 2. Las cosas. La cuestión de la naturaleza, de la esencia y de la condición de su existencia. 3. Las personas. A. Las personas físicas. B. Las personas jurídicas. 4. Algunas conclusiones.

1. Introducción. Ciertamente, según me parece, la Modernidad, con sus nuevas costumbres, el orden público, los avances tecnológicos y, ahora, entre nosotros, con el Anteproyecto de reforma del Código Civil unificado (ACC, en adelante) ha generado en el pensamiento jurídico, la necesidad de sopesar los conceptos acuñados y definidos en los ordenamientos luego de más de veinticinco siglos de lucubraciones filosóficas, metafísicas y jurídicas. Seguramente, lo que aquí diga, como expresión de mi pensamiento, habrá sido dicho y esclarecido antes, pues ‘nada nuevo hay bajo el sol’; excepto, claro, algunas nuevas concepciones alimentadas al socaire de los intereses y propósitos, diversos, buenos y no tanto, que anidan en el corazón del hombre. Cosas, han existido siempre; su regulación jurídica, sin embargo, es un modo de asegurar su aprovechamiento ordenado en la vida social; el sometimiento al dominio individual es, posiblemente, la función más importante del Derecho en cuanto a la regulación de su adquisición, transformación, transferencia y extinción. La regulación legal puede establecer una clasificación según sus características, su situación, el modo de adquisición, su transferencia, las consecuencias de su utilización y hasta puede modificar su naturaleza. Las cosas existen como tales, en su materialidad, y dejan de ser sin perder su esencia; son cosas y se extinguen como cosas, aunque la regulación legal pueda disponer que sean inmuebles aunque no lo sean sino por determinada convención legal; sacarlas del comercio y prohibir o condicionar su uso. En las diversas o infinitas formas en que la Naturaleza las exhibe, las cosas existen y dejan de existir en su misma esencia. No ocurre lo mismo con los seres humanos que, antes de su existencia nada son, aunque pudiere decirse que ‘son’, también, cosas y lo siguen siendo al tiempo de su ‘extinción’. Respecto de algunas cosas particulares (animadas), hay una clara asimilación en cuanto la inicial unión de dos cosas distintas (óvulo femenino y espermatozoide masculino), genera otra cosa cuya característica es la vida independiente; en el inicio de la vida animal, la ‘cosa animada’ nace como cosa y, cuando se extingue, sigue siendo cosa (cadáver). En los seres humanos no es ‘la vida’ propiamente dicha, como creación de un nuevo ser, lo que los caracteriza como persona, pues en ella –la vida- se asimila a las cosas animadas, por más que el Derecho le acuerde ciertos efectos a la condición ‘nacimiento con vida’; es

su condición de dignidad la que las catapulta a la clasificación de ‘personas’. La calidad de ‘digno’ es lo que convierte al ser animado en persona, única, irrepetible, creada –para los cristianos- a imagen y semejanza de Dios. Y sería un grave equívoco admitir que, para los agnósticos, ateos, para los que no creen, que necesitan como todos que el Derecho regule todas las consecuencias de la personalidad, la persona fuera sólo una creación de la ley. Si así fuera, si así lo admitiéramos, sería competencia del legislador determinar la existencia de la persona humana; de aquél no depende la condición de dignidad que hace a la esencia de la personalidad. Aunque haya ocurrido en otros tiempos de la historia universal, la condición humana era una sola, aunque el Derecho de su tiempo negara su personalidad. La ley, por tanto, no puede determinar que las cosas que dan inicio a la vida en ocasión de su encuentro fenomenal (óvulo y espermatozoide) sean o sigan siendo cosas, o dejen de serlo, luego de que tal evento se produce. A diferencia de los animales (cosas) en donde el mágico momento determina el nacimiento de un nuevo ser, en los seres humanos el momento colosal (concepción) infunde, a un tiempo, vida y dignidad. En lo que el hombre tiene de racional, ni el brillo de su genio y de su inteligencia introducen en la condición de persona diferenciación alguna. En el viejo Código Civil (CC) los ‘rasgos característicos de humanidad’ bastan sin que interesen sus ‘cualidades y accidentes’¹. Pero no comparto del todo la afirmación de PERALTA MARISCAL cuando dice, comentando el concepto de ‘persona de existencia visible’ que “*En definitiva, todo ‘hombre’ –en cuanto género humano- es persona; sólo se necesita cuerpo humano y vida biológica*”². Lo de ‘cuerpo’ es, apenas, una consecuencia, el desarrollo del ser ‘iniciado’ en la concepción. El ACC, siguiendo doctrina relevante de la Corte federal, ha declarado y, por tanto, reconocido, la condición de ‘dignidad’ de la persona humana³. La calidad de ‘digno’ se conforma a la naturaleza trascendente del hombre, además de ser éste eje y centro del sistema jurídico⁴. Pero, a un tiempo, ese proyecto de ordenamiento introduce una contradicción en sí misma, un oxímoron, privando de la condición de digno y, por tanto, de la personalidad, al ser nuevo, irrepetible y completo que tiene origen en la concepción, cuando ésta

¹ Art.51, CC: “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”.

² PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO I., en *Código Civil Comentado*, de Julio César Rivera, Director, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, “Títulos preliminares. Personas”, p. 234. Mi discrepancia consiste en que es dudoso atribuir al embrión, recién formado, el carácter de ‘cuerpo’, aunque está allí completo como hombre con todas sus características genéticas.

³ Art. 51, ACC: “***Inviolabilidad de la persona humana.*** *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”.

⁴ CS, 24.10.2000, ‘Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Estado Nacional’, JA 2001 - I – 464: “*El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”

se produce fuera del útero materno y no es implantado luego. Al tiempo que reconoce que en el estado actual de la ciencia genética no es posible el desarrollo del embrión fuera del cuerpo humano, el ACC convierte a la persona en cosa, luego de postular su excelsa dignidad. El ser humano es, inicia su existencia, ‘nace’, como persona y al extinguirse su vida, se extingue su personalidad; y sus restos, su cuerpo, su cadáver, se convierten en cosa y sus partes (órganos) pueden disponerse según la voluntad expresada en vida⁵. El hombre no se ‘inicia’ como cosa ni se extingue como tal; al fin de su existencia, su muerte, que es –debe ser- también ‘digna’, pone fin al ejercicio de todos los derechos; ya no nacerán nuevos para el fallecido pero su voluntad, válidamente expresada, podrá producir efectos jurídicos respecto de otras personas y de las cosas. Como dice el precepto proyectado, el hombre exhibe e impone su condición de digno en “*cualquier circunstancia*”, y en cualesquiera de ellas, desde el inicio hasta la muerte, “*tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”. Este es el punto de partida de mi pensamiento y la razón de ser del ordenamiento jurídico. Pero ahora, en el ACC, se podrán engendrar hijos por testamento.

2. Las cosas. La cuestión de la naturaleza, de la esencia y de la condición de su existencia. El CC regula lo relativo a las cosas en el Título I, ‘De las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los derechos’, del Libro III, ‘De los derechos reales’. Sin que interese ahora la contradicción entre el texto y la nota con que el Codificador lo acompañó, el art. 2311, CC, establece que “*Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”. La reforma del decreto ley 17.711 agregó que “*Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*”. Tal vez no tenga demasiada importancia que el primer párrafo establezca que ‘se llaman’ y no que ‘son’, siguiendo aquello de que los códigos no deben definir; en el ACC las ‘definiciones’ campean en casi todos los institutos que regula; a veces, consigna la caracterización como ‘concepto’. Claro que, según el texto y su propósito que no puede ser otro que la relación que se produce entre el sujeto de derecho y las cosas, no sólo interese su ‘materialidad’ (“*objetos materiales*”), sino también que sean susceptibles de tener un valor; no dice, al menos en el texto, que ese valor deba ser económico, pues puede ser meramente afectivo y, como tal, de gran importancia para su dueño, de donde como resulta del Código Penal, el ‘apoderamiento’ de una cosa total o parcialmente ajena define el delito de hurto (art. 162, CP), bien que las notas típicas del Código Penal deben entenderse en su significación jurídica según la materia que las regula. De todos modos, ‘cosa’ es todo objeto corporal, aunque no tenga valor económico; es más, las cosas que el legislador pone ‘fuera del comercio’, no dejan de ser cosas por el hecho de quedar fuera del

⁵ Las leyes 22.990, rige con carácter de orden público para todo el territorio de la Nación las actividades relacionadas con la sangre humana , y 24.193, relativa al Trasplante de órganos y materiales anatómicos.

poder de disposición de los individuos. La reforma, antes apuntada, tampoco atribuyó el carácter de cosas a la energía y a las fuerzas naturales, sino que declaró a ellas aplicable la regulación relativa a las cosas. Adviértase, que se refiere a las fuerzas naturales susceptibles de ‘apropiación’, lo que no modifica su naturaleza; por la razón explicitada antes, el Derecho las considera en tanto pueden constituir un objeto del que derivan efectos jurídicos; el término ‘apropiación’ debe considerarse comprensivo de ‘aprovechamiento’ y de todo otro predicado que implique alguna influencia en el patrimonio de alguien. Y es en esa relación entre el sujeto y la cosa que se declara a la propiedad inviolable (arts. 14 y 17, Constitución Nacional). Recuerdo aquí que MARIENHOFF, opinando sobre ‘la naturaleza jurídica de las nubes’, sostuvo que son cosas muebles sin dueño y susceptibles de aprovechamiento por el titular de la heredad al que beneficia o perjudica por lo que de ellas deriva (lluvia, nieve, granizo); sostiene que deben incorporarse al dominio público, a través de una norma expresa pues el art. 2340, inc. 3º, CC, no las contiene expresamente⁶.

Es del caso consignar también que el concepto de ‘cosa’ puede aplicarse a situaciones de las que se derive un daño, donde tal ‘cosa’ tiene un encaje causal en su producción desde que su mera existencia lo ocasiona y, de tal modo, atribuye responsabilidad a quien resulte su dueño o guardián (art. 1113, CC, especialmente en su segundo párrafo y segunda parte). En este sentido, se dijo que *“una depresión, excavación, pozo o zanja no son cosas, sino que lo es el terreno donde están hechas. Sin embargo, jurídicamente, esos obstáculos, deben ser considerados cosas en el sentido previsto por el art. 1113, por la posición anormal que presentan (Conf. Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, Tomo 5, pág. 531). Luego, un pozo, una zanja, una excavación pueden ser intrínsecamente nada. El carácter de cosa lo adquiere por destino, sin perjuicio de modalidades o características que la singularicen (Conf. CNCivil, Sala A, 21-8-79, LL, 1980-A-213)”*; y se agrega que *“debe considerarse como cosa en el sentido dado por el legislador al art. 1113 del Código Civil, la depresión irregular del terreno, pues se trata de un obstáculo que impide la normalidad y la solución de contigüidad que debe existir en las veredas de una urbe (Conf. CNCivil, Sala J, 17-3-97, LL, 1998-E-152)”*⁷. Es verdad que el pozo o la zanja infunden al terreno, que sí es una cosa, además, ‘inmueble’, la peligrosidad de su estado irregular que es lo que origina el daño; en tal caso, responderá el dueño y el guardián en los términos de la disposición citada. Un trozo de neumático, de esos que suelen verse en las rutas desprendidos de las ruedas de los camiones, es una cosa carente de valor alguno pero con suficiente potencialidad dañosa como para atribuir al dueño responsabilidad; la condición de cosa adquiere, así, una relevancia jurídica en tanto incide en

⁶ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Condición jurídica de las nubes*, JA 1976-III-684-689.

⁷ CNCiv., sala H, 26.6.02, 'Catoni, Elisa Margarita c/ Gas Natural BAN S.A. s/ Daños y perjuicios', voto del juez Giarduli.

la producción de un daño. Es más, aún cuando no se pueda identificar a su dueño, el Derecho impone al dueño y guardián de la vía en que la tal cosa se encuentra, la responsabilidad del daño que con ella o por ella se cause a otro. El fundamento aquí no es la cosa en sí misma, sino su existencia sobre una ruta que debe ser segura para el tránsito; el pedazo inútil de neumático hace que la vía se vuelva una cosa peligrosa⁸. En igual sentido se ha considerado cosa peligrosa a la tapa metálica de las bocas de Obras Sanitarias que existen en las calzadas, cuando resultan ocasión de daño⁹; entre otros numerosos supuestos. A diferencia de lo que ocurre con el dominio eminente del Estado sobre las tierras sin dueño, el Estado no toma la posesión de las cosas muebles abandonadas, y quedan expuestas a la apropiación de cualquiera¹⁰.

En cuanto al concepto de naturaleza, referido a las cosas, puede entenderse comprensivo de todo lo que existe, como los objetos inanimados, las plantas, los animales; todo lo que no ha sido modificado por el hombre que, entonces, sería ‘artificial’. Los criterios para fijar un concepto son numerosos y dispares, pero jurídicamente se alude a lo que en la filosofía aristotélica se identificaba con la esencia; esto es, aquello que tienen los seres concretos de estable e inteligible; los rasgos que hacen de algo lo que es y no otra cosa. En los objetos inanimados el Derecho los atrapa en su carácter corpóreo y, aún, en el caso de la energía, le aplica la misma regulación como he indicado antes; le agrega una ‘razón’ que motiva para el hombre aprovecharse de ellas o considerarlas susceptibles de protección, y le otorga un amparo para hacer posible la convivencia social. El art. 16, ACC, dispone que: “**Bienes y cosas.** Los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre” (sic). En el art. 2312, CC, los ‘objetos inmateriales’ se llaman bienes y también se llama bienes a las ‘cosas’; un crédito no es un ‘objeto’ pero es un bien, y nadie lo discute, pero hay cierta perplejidad en la comprensión, pues lo inmaterial parece contrario a objeto, en tanto su concepto exhibe una ‘materialidad’ que, al menos, permite su aprehensión y aprovechamiento y facilita su distinción entre derecho real y derecho personal; recuerdo aquí la nota al Título IV del Libro III, CC, en donde Vélez Sarsfield dice: “*Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos a una prestación*” (sic). En el Diccionario de la Lengua Española, la locución ‘objeto’ apunta a la actividad del sujeto; también indica ‘cosa’¹¹. En el art.

⁸ CNCiv., sala F, 13/3/2002, 'Romo de Rivera, Amelia S.M.A. y otro v. Concesionaria Vial Argentina Española y otro', JA 2002-II-271.

⁹ CS, 28.07.1994, 'Olmedo, Ricardo Luis c. Municipalidad de Buenos Aires', Fallos 317:832.

¹⁰ CS, 07.11.2006, 'Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios', con aplicación del art. 2527, CC.

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, t. 2, p. 1459.

16, ACC, no queda claro qué o cuáles son los bienes inmateriales, pues dice que los derechos individuales del art. 15, ACC, *“pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas”* (sic). Los inmateriales serán, entonces, todos los demás, por exclusión de los que se llaman específicamente ‘cosas’. Recuerdo aquí que en el Proyecto CC1998, el art. 214 disponía que *“Se denominan bienes los objetos susceptibles de valor económico”* (sic); a los bienes materiales llamaba cosas. A seguido, el art. 17, ACC, se refiere al ‘cuerpo humano’ y sus partes que *“no tienen un valor económico”* (sic, art. 17, ACC). Y desde que los derechos ‘pueden recaer’ sobre bienes susceptibles de valor económico, ‘pueden’ también recaer en bienes no susceptibles de ese valor, como los restantes que el mismo artículo menciona. Supongo que, siguiendo la doctrina de la Corte federal sobre el concepto del derecho de propiedad, contenido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, se entiende que el término ‘propiedad’ *“ampara a todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y personales, bienes materiales o inmateriales y en general a todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad”* (Fallos 137:47; 294:152; 304:856). Una persona no es titular de ‘sí misma’, pero lo es de todos los derechos que le son reconocidos por el ordenamiento, y es titular de una acción de reparación del daño causado *“a su persona, o a sus derechos y facultades”* (art. 1068, CC). En el sistema proyectado, entonces, los embriones logrados fuera del cuerpo materno y antes de su implantación en el útero femenino, no sólo no son personas ni, por tanto, tienen carácter de ‘cuerpo humano’, sino que serían cosas susceptibles de valor económico, desde que no forman parte del cuerpo humano. Este carácter genera ‘pertenencia’, esto es, la relación inmediata que la cosa tiene con un sujeto que es su titular y, por cierto, integra su patrimonio. Ahora, ¿quién es el ‘titular’ de la cosa ‘embrión’ no implantado en cuerpo humano? Los padres no son ‘dueños’ de sus hijos, aunque entre ellos se desarrollen situaciones y relaciones que el Derecho regula en distintas formas. Pero, adviértase, cuando se habla de cosas, al menos en el viejo Derecho civil, se piensa en derechos reales; y recuerdo también que, modernamente, se empezó a admitir que los derechos reales tuvieran por objeto los derechos; y ello, de un modo excepcional (XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2001, reafirmadas por las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora, 2007)¹². Agrego que, si pertenecen a un patrimonio, éste es prenda común de sus acreedores pues cumple una función de garantía vinculada con la seguridad del tráfico negocial, y podrá ser gravado con medidas cautelares. El art. 560, ACC, se refiere al consentimiento respecto a las técnicas de reproducción asistida, pero no se refiere a la propiedad del embrión; pero en el inc. ‘c’ del art. 562, ACC, se menciona al *“comitente que ha aportado sus gametos”* (sic) con lo

¹² Citadas por ATILIO ANÍBAL ALTERINI, en *Código Civil Sistematizado*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p.1162. El art. 1816, Proyecto CC1998, considera objeto de los derechos reales a las cosas que están en el comercio y a los derechos, *“en los casos previstos especialmente”* (sic).

que algún derecho tiene sobre el resultado de su aplicación (el embrión). Aunque el ACC se remite a una ley especial, el art. 563, ACC, se vuelve a referir a ‘sus’ gametos, esto es, a la persona de que provienen, lo que la legitima para aceptar o determinar la filiación. De esa manera, resulta tan claro como inaceptable, para mí, que el ‘dueño’ de la cosa (espermatozoide y óvulo, y son dos y no uno solo los dueños), sea ‘dueño’ del embrión así concebido, permitiendo que el ser humano se ‘inicie’ como cosa; de allí que no importe demasiado que pueda ser disputado, congelado, utilizado, comercializado y destruido según la intención o el deseo de alguno de los ‘dueños’ originales; ‘de alguno’, porque la concepción puede originarse con el aporte de un donante anónimo. Y si a los aportantes de los gametos se los considera ‘representantes’ de los embriones, nunca podrían disponer su destrucción, lo que violentaría el propósito de la representación y el mandato (arts. 1869, 1870, inc. 4, 1872, lo que el mandante podría hacer si obrara por sí mismo, lo que, según creo, excluye su propia aniquilación; 1892, prohíbe el interés exclusivo del mandatario; 1907, prohíbe la ejecución dañosa del mandato; etc.). Y, para completar el penoso cuadro a que son expuestos los embriones en el ACC, la falta de interés de sus dueños en su conservación, los volvería susceptibles de apropiación por terceros como *res nullius* (art. 2524, inc. 1º, CC y arts. 2525, 2527, 2535, CC). Ocurre así, también, en el ACC (art. 1947, inc. ‘a’, ‘i’, ACC), a salvo lo que dispusiera una ley especial¹³.

3. Las personas. A. Las personas físicas. El art. 19, del ACC, primero del Libro Primero, ‘De la Parte General’, Título I, ‘De la persona humana’, Capítulo I, ‘Comienzo de la existencia’, dice: “*Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida*” (sic). El inicio de la existencia de la persona humana tiene aquilatado consenso jurídico en el sistema vigente a partir del hecho de la concepción. La Corte federal, con destacadas citas de especialistas y de doctrina, dejó sentado en el caso ‘Portal de Belén’, que el momento de la concepción se produce con la unión del óvulo y del espermatozoide, de modo que ese hecho marca el inicio de la existencia de la persona humana¹⁴; VÉLEZ SANSFIELD lo había establecido así en el art. 63, CC, al disponer que “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*” (sic); remarcando en el art. 70, CC, que “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como*

¹³ Art. 1947, ACC: “**ARTÍCULO 1947.- Apropiación.** El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación. a) son susceptibles de apropiación: i) las cosas abandonadas; ...”.

¹⁴ CS, 05.03.2002, ‘Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro C. Estado Nacional s/amparo’: “El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación y es en ese momento que existe un ser humano en estado embrionario”.

si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre” (sic). A su vez el art. 76, CC, dispone que “*La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo*” (sic), que el artículo siguiente fija entre los 180 y los 300 días, lo que admite prueba en contrario.

Es claro que la referencia a la concepción como acaecida en el seno materno, se corresponde con los conocimientos propios de la época de la sanción del Código, que rige desde el 1 de enero de 1871; es dable destacar, en ese sentido que, en orden al nacimiento con vida, requisito de validez o definitividad en la adquisición de derechos por el nacido, podía producirse de modo natural (“*nacimiento espontáneo*”, art. 71, CC) o por vía quirúrgica. Las nuevas técnicas de la reproducción humana generan, como he destacado al comienzo, la necesidad de que no se equipare a la concepción uterina con la habida *in vitro* u otras técnicas de fecundación asistida, pues es el modo con que el ‘derecho’ habilitaría la manipulación de gametos y embriones para satisfacer objetivos de legalidad en el accionar de aquéllas. Es claro que es posible encontrar justificación racional en el desarrollo de las citadas técnicas en la necesidad de satisfacer las ansias o los deseos de las personas de ser padres, como es dable encontrar justificación en las aspiraciones humanas de prolongar su vida mediante ciertas manipulaciones con células humanas. Pero también es claro que ni ética ni jurídicamente es posible admitir que puedan alcanzarse esos fines a ‘cualquier precio’. Tampoco corresponde al Derecho, me parece, adentrarse en distinciones precisas acerca del ‘momento’ exacto de la concepción, si se produce con la mera unión de los gametos o exige, además, que se hayan formado las dos primeras células. La ‘concepción’ es –y así lo entiendo– jurídicamente una, en tanto es inicio indudable de una nueva vida humana, continente de la dignidad que la caracteriza y anima. CARLOS FERNÁNDEZ SESAREGO sustenta esa dignidad en la libertad¹⁵, atributo de que dispone en exclusiva el ser humano y del que carecen los restantes seres animados, que responden al mandato de sus instintos. La libertad de decidir acerca de su propio destino y proyecto vital es condición singular del hombre, y no sólo es requisito de validez de los actos jurídicos (arts. 897, 900, 910, CC, éste último en directa conexión con el art. 19 de la Constitución Nacional, y su aplicación en los arts. 936, 937, 953, 1087, 2800, CC), sino que orienta el desenvolvimiento de todos los derechos; ni aún el demente puede ser privado de su libertad, salvo que en su ejercicio pueda dañarse a sí mismo o a otros (art. 482, CC). No es de extrañar que el pragmatismo inglés, con vistas al mercado, haya ideado la noción de ‘pre embrión’ (el existente hasta el 14 día de gestación), como objeto irrestricto de las manipulaciones genéticas, de modo que no es

¹⁵ FERNÁNDEZ SESAREGO, CARLOS, “La clonación de seres humanos: un imposible ontológico”, en La Ley Actualidad, Buenos Aires, Año LXII, N° 79, abril de 2003.

merecedor de tutela alguna en el tiempo intermedio. La ‘cuestión ética’ sólo habría de plantearse a partir de ese tiempo posterior, lo que no es aceptable.

Tampoco es dable sostener, jurídicamente hablando, que la clonación de seres humanos, en tanto fuere técnica y científicamente posible, no deba merecer regulación legal pues, cualesquiera sea la ‘identidad’ que se logre entre donante y clonado, será éste un individuo del género humano dotado de aquella dignidad, de donde toda manipulación posterior a la concepción, dentro o fuera del seno materno, no es otra cosa que convertir al ‘ente’ concebido en objeto de laboratorio; todo ello sin perjuicio de que la necesaria anidación y desarrollo del clon genera en la mujer una dependencia ajena a la excelsa condición que la naturaleza le ha confiado. Las distintas formas posibles de clonación, en la medida que operen sobre embriones humanos que, a la postre, resultan destruidos, constituyen atentados a la dignidad humana que el Derecho debe prohibir. En la clonación con fines reproductivos, donde el nuevo ser constituye una copia del donante del núcleo implantado en una célula enucleada (desprovista del núcleo), se obtendría por vía asexual y ágama un individuo en donde sus caracteres genéticos serían idénticos al de la persona que se intenta copiar; los principios aceptados que dan sustento a los derechos a la identidad, a la filiación y a la herencia, son determinados o establecidos por los genetistas, y contarían con una madre biológica, una que aportaría su útero y carecerían de padre; en la medida que se superaran las barreras genéticas que condicionan este tipo de clonación en seres humanos, el ACC vendría a desconocer los instrumentos internacionales por los que la República se ha comprometido a respetar aquellos principios y derechos y, en especial, a garantizarlos; sería, por tanto, inconstitucional en tanto legislación derivada del Congreso y de menor jerarquía que los tratados. La clonación con fines terapéuticos plantea también contradicciones jurídicas y éticas, en tanto se trata de la producción de células embrionarias destinadas a corregir los desvíos o mal funcionamiento de células que generan enfermedades; desde que se utilizan embriones humanos (blastocitos, de 5 a 6 días de desarrollo) que serán sacrificados para extraer células embrionarias destinadas a suplantarse en el donante aquellas que originan el mal o enfermedad (terapia celular). Desde que este tipo de terapia es posible a partir de la obtención de células germinales (‘madre’) existentes en el cuerpo de un humano adulto (médula ósea), como en el cordón umbilical y placenta en los recién nacidos, quedaría exento del reproche jurídico y ético, si se la utiliza de este modo, desde que no afectaría a un ser humano (el embrión).

Según entiendo, la experimentación en seres humanos, fuera de su consentimiento expreso e informado en casos puntuales, será merecedora de reproche en tanto afecta la dignidad de que están dotados. Las ansias de eternidad, extraña a la naturaleza humana, serán reprochables según los modos y las vías por las cuales intenten lograrse. En muchos ordenamientos y en el nuestro, el principio ‘no dañar a otro’ tiene carácter de cláusula general y, sin duda para mí, constituye el límite que el libre albedrío

individual no puede trasponer. A mi ver, se encuentra claramente contenido en el art. 19, CN, que al tiempo en que establece el principio de legalidad o de reserva, marca la frontera infranqueable del derecho ajeno.

El ACC no trae referencia alguna a la clonación, pero sí refiere a técnicas de reproducción asistida, que bien podrían contenerla. En el Libro II, ‘De las relaciones de familia’, Título V, ‘Filiación’, contiene artículos encaminados a establecer las relaciones resultantes del nacimiento de niños bajo técnicas de reproducción asistida. El art. 558, ACC, establece que **“Fuentes de la filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.**

La filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida pueden ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” (sic).

Es decir, que equipara la filiación natural a la resultante de técnicas de reproducción asistida y a la adopción plena, otorgándole los mismos efectos. El apartado final establece que, cualesquiera fuera la naturaleza de la filiación, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Así las cosas, como en el caso resuelto por la CNCiv., sala J, que mereció mi crítica¹⁶, un niño concebido por un donante anónimo de espermatozoides y el óvulo de una mujer, e implantado en el útero de otra, tendrá dos madres y ningún padre, constituyendo tal permisión un atentado a la identidad y dignidad del hijo así concebido. Por el art. 559, ACC, se dispone que el certificado de nacimiento que expida el Registro no dejará constancia de la forma en que el nacido ha sido concebido, lo que cierra el paso a la investigación de la identidad, derecho que la Convención sobre los derechos del niño postula con fuerza de jerarquía constitucional; tal vez por eso, el art. 564, ACC, condiciona lo resuelto cuando establece que *“La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.*

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud” (sic). Aunque no se me ocurre mejor razón que ejercer el derecho a la identidad, la pregunta que sigue a esto es, entonces, si la investigación es posible, pese al principio de que sólo hay dos filiaciones, ¿se admite acreditar una tercera? Y, en todo

¹⁶ “El derecho a ser madre”, en *Revista Jurídica La Ley, Doctrina Judicial*, Año XXVII, N° 46, del 16 de noviembre de 2011, pp.5 a 18.

caso, ¿qué efectos produce? También, ¿se pierden los derechos resultantes de la ‘primera’ filiación, luego de aparecido, por ejemplo, el padre biológico? Acaso, el hijo así concebido, ¿podría invocar derechos sucesorios de ambos progenitores masculinos? O, acreditada una, ¿la filiación precedente desaparece? O, ¿puede optarse por una o por otra? El ACC no concede derechos hereditarios contra el donante anónimo, lo que, en caso contrario, podría desalentar la donación (art. 575, apartado segundo, ACC).

El art. 562, ACC, establece las reglas a que debe someterse el consentimiento en el ‘alquiler de vientre’ (gestación por sustitución) que requiere de homologación judicial previa, estableciendo que en ausencia de ella, la filiación “*se determina por las reglas de la filiación por naturaleza*” (sic), con lo que habrá tres y no sólo dos vínculos filiatorios (con la madre gestante, con la madre biológica, y con el padre, si fuere el aportante del gameto propio), o más, si el esposo o conviviente no es el aportante, sino un tercero, conocido o desconocido. A todo esto, para mi estupor, se agrega que la homologación de los partícipes (‘comitentes’), que bien pueden ser cuatro y no tres pues allí no se limitan, aunque hay referencia a ‘la ley especial’, se debe acreditar que “*se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer*” (sic, art. 562, tercer párrafo, inc. ‘a’, ACC). No me imagino cuál puede ser ese interés ‘del niño’ en nacer de ese modo, ni qué puede pretextarse para darlo por satisfecho. Y cabe advertir que, si bien la Convención de los Derechos del Niño (art. 8.1) hace referencia al derecho a la identidad y a las relaciones familiares “*de conformidad con la ley*”, ésta no puede generar un interés contrario a la naturaleza pues, como dijo la Corte IDH en el caso ‘Contreras c. El Salvador’, “*la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentada ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez*”¹⁷. Admite allí la Corte IDH que el derecho a la identidad no se encuentra previsto en la Convención Americana, pero que sí lo está en la Convención sobre los Derechos del Niño y en forma expresa (art. 8.1.), aplicando por vía de interpretación ese dispositivo en función del art. 29.c, de la Convención ADH, que prevé que la falta de mención de un derecho no implica su desconocimiento si es inherente a la condición humana o deriva del principio democrático; cita al Comité Jurídico Interamericano en tanto sostiene que “*el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana*”¹⁸.

¹⁷ Corte IDH, caso ‘Contreras y otros c. El Salvador’, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C, No. 232, párrafo 123.

¹⁸ Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2, 12 y 18.3.3, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

Admito que estas cuestiones requieren una profundización que excede el objeto de este trabajo, pero se me hace evidente que cuando se habla de ‘interés superior’ no se le confiere el contenido que al concepto ha atribuido la Corte federal. Dijo la Corte que *“Otra directriz sentada por esta Corte ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas”* (voto de la mayoría). Agrega que *“Tales reglas hermenéuticas respecto del ‘interés superior del niño’ (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en estudio”* (voto de la mayoría); y concluye en lo que aquí interesa destacar, que *“Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas”* (voto de la mayoría)¹⁹. El art. 321, inc. ‘d’, CC vigente, exige que el juez valore ese interés al decidir la adopción y, en todos los casos, como se indica en el inc. ‘i’: *“El juez o Tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor”* (sic).

Si aceptamos, como ha sostenido la Corte federal, que los derechos consignados en los tratados deben interpretarse en la forma y amplitud con que lo hacen los organismos encargados de su aplicación²⁰, tiene fuerza normativa el siguiente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso ‘Fornerón’: *“El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los arts. 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los arts. 8º, 9º, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos”*²¹. No advierto que se haya compatibilizado esta garantía constitucional y convencional, al redactar las disposiciones

¹⁹ CS, 10.08.2010, P. 140. XLIV - RECURSO DE HECHO, ‘P. de la S., L. del C. c. P., G. E. s. divorcio y tenencia’, eDial.com - AA6276, publicado el 02.08.2010. El padre, en una causa por divorcio, intentaba producir la prueba de ADN para acreditar el adulterio de su mujer, sosteniendo la filiación adulterina de la hija.

²⁰ CS, 05.03.2002, ‘Portal de Belén’, citado en nota 11, entre otros.

²¹ Corte IDH, ‘Fornerón e hija c. Argentina’, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C, Nº 242, párrafo 119.

transcriptas. En el art. 575, ACC, se establece luego que, *“En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.*

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena” (sic). De allí que el ‘interés superior’ del niño en determinar su identidad en las condiciones indicadas por la Corte IDH, parece quedar supeditada al consentimiento de los ‘comitentes’ y/o al de alguno de sus padres, con lo que a mi modesto entender la normativa legal no se conforma a los principios establecidos por la Corte IDH, en muchos casos relacionados por la Corte federal. Según el principio de la libertad de las convenciones (art. 1197, CC) lo acordado tiene el mismo valor que la ley; pero es así en las cuestiones patrimoniales, más no en las de orden público como son las relativas al estado civil y la filiación de las personas pues, como ha dicho la Corte federal, *“comprometen la estructura jurídica de la familia”*²². El estado de familia, ha dicho la Corte, se trata de derechos indisponibles, *“sujeto a una regulación de orden público, ajena al ámbito de la autonomía de la voluntad individual”*²³. También en ‘Portal de Belén’ se dijo que *“Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional”*, por lo que el Código Civil no podría establecer regulaciones que contradigan los compromisos internacionales aludidos. Ese acuerdo, previo al nacimiento claro está, puede afectar y de hecho afecta, derechos indisponibles del menor; en fallo atinente dijo la Corte federal que en orden a *“la intimidad de un menor de edad, las normas de jerarquía constitucional protegen sus derechos más allá de una eventual autorización de su progenitor, pues, dado su carácter personalísimo, estos derechos resultan indisponibles por terceros”*²⁴. Y, en este aspecto, nótese que son ‘terceros’ los propios padres.

Las nuevas relaciones que la modernidad trajo a la sociedad humana, aceptando y regulando como ‘nuevas buenas costumbres’ situaciones que contradicen la Naturaleza (matrimonio de personas del mismo sexo, extinción por voluntad unilateral del matrimonio)²⁵, pone en crisis los viejos

²²

CS, 05.02.1991, ‘Deussen, Annette c. Oks, Carlos Hugo /causa n° 8964’, *Fallos* 314:61.

²³

CS, 26.03.1991, ‘Ramírez, Ramón Elieser c. Sucesores de Gerónimo Juan Francisco Frontini’, *Fallos* 314:180.

²⁴ CS, 31.08.2004, ‘Keylián, Luis A. y otro c. Santillán, María L. y otros s/sumario’.

²⁵

Aun considerando el matrimonio como contrato, no es la voluntad unilateral sino el incumplimiento la causal legal de resolución; el pacto comisorio parte para su validación del hecho del incumplimiento (art. 1204, CC vigente); la resolución unilateral apunta a lograr una ruptura con prescindencia de la voluntad de la contraparte. Los supuestos de rescisión unilateral son escasos en el ordenamiento (mandato) y nunca

paradigmas del Derecho; parece evidente que la regla *mater semper certa est, pater est quo nupcias demostrant*, lejos está de regir las nuevas relaciones; es más, es posible la concepción *post mortem*, lograda con gametos o embriones congelados (art. 563, inc. ‘a’ y ‘b’, ACC, y se admite la prueba genética, art. 580, ACC); en el medio, personas inocentes y dignas de la mayor protección del Estado (los niños), expían en muchas situaciones la pretensión de quienes, en contradicción con su propia naturaleza, enarbolan el derecho a la paternidad o maternidad que su condición humana les niega. Y, ¿de qué modo se concilia esa pretensión, con el compromiso establecido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conocer a sus padres? El art. 582, ACC, niega la acción de filiación cuando el hijo reclamante es habido por técnicas de reproducción asistida.

Insisto en que, aunque el Estado deba ser neutral en temas éticos, ni el Derecho ni la Justicia deben desconocer la moralidad corriente de las personas probas. En palabras de la Corte federal, en señero fallo, “*Los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta*”²⁶. Tengo para mí que la función jurisdiccional justifica su elevada magistratura cuando orienta con sus sentencias conductas valiosas para la superación espiritual del ser humano pues, como opinaba O. BACHOF, “*más que el juez de otros ámbitos de la Justicia, el juez constitucional puede y debe no perder de vista las consecuencias de sus sentencias*” (cit. por el juez RODOLFO LUIS VIGO, en ‘I., M’, 12.8.98, diario ED del 22.9.98, SC Santa Fe, p. 13); y el *Chief Justice* OLIVER W. HOLMES, al sostener que es deber de juez “*sopesar las consecuencias sociales de su decisión*” (‘The Path of Law’, Harvard Law Review, 1897, pág. 443), incorporado a la jurisprudencia argentina en varias decisiones de la Corte federal (Fallos 178:9; 211:162; 240:223; 302:1284; 313:1232; 316:2624).

En ‘Saguir y Dib’, dijo la Corte federal que “*Las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial*”²⁷. Según creo, las reglas apuntadas no superan el control de convencionalidad que cabe efectuar con relación a los instrumentos y compromisos internacionales suscritos por la República.

pueden ser ejercidos en forma intempestiva. Se me ocurre que podría encontrarse en esa previsión un supuesto de ‘frustración del fin del contrato’, en los que la culpa no cuenta.

²⁶

CS, 1986, ‘Santa Coloma, Luis Federico y otros’, Fallos 308:1160.

²⁷ CS, 1980, ‘Saguir y Dib, Claudia Graciela’, Fallos 302:1284; CS, 19.06.1990, ‘Provincia del Neuquén c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ cobro de australes /sumarísimo’, Fallos 313:532. Se agregó en aquél, que “*No debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma*”.

El ACC dispone que la existencia de la persona humana “*termina con su muerte*” (sic, art. 93, ACC). El CC vigente, en el art. 103, CC, dispone que termina con la “*muerte natural*” (sic), para distinguirla de la muerte civil que podía resultar de ciertas situaciones particulares (profesión monástica, deudas, etc.; remito a la nota del Codificador a dicho artículo).

B. Las personas jurídicas. Como sostengo en mi inconclusa tesis doctoral, es la ‘empresa’ (en tanto intermediación de bienes y servicios para crear nuevos bienes y servicios; esto es, generar riqueza), el motor de la creación legislativa de la persona jurídica, como modo de reglar normativamente su desenvolvimiento, para su administración, para su control y, desde hace mucho, para limitar la incidencia del riesgo en los patrimonios particulares, de modo que su existencia misma se pierde en la noche de los tiempos; es, a mi parecer, fruto del ingenio humano y de su necesidad de asociarse con fines determinados. En las *Institutas* de GAYO se infiere una distinción entre ‘hombre’ y ‘persona’; “*los hombres son sólo cuerpos, mientras que las personas son entidades, que a veces tienen cuerpo (personas físicas) y a veces no, por lo menos desde el punto de vista físico...*”²⁸. Agrego allí, que la justificación más evidente de que es la empresa el motor de la persona ideal, es la concepción de la sociedad unipersonal pues, de lo que se trata, es de someter un patrimonio ‘de afectación’ a la suerte de una actividad cualquiera, que nace, generalmente, al impulso de la pretensión de lucro, de la necesidad de lograr una utilidad o una ganancia.

Dicho esto, creo que la regulación de la personalidad jurídica en el CC vigente, permite sostener la existencia de personas jurídicas o de existencia ideal, por un lado, y sujetos de derecho diferenciados, por el otro, que no coinciden precisamente en los supuestos anteriores. Como principio general las sociedades son sujeto de derecho (art. 2, LSC); pero hay algunas que llevan ese nombre pero a las que el legislador no les confiere calidad de tales (sociedad accidental o en participación, art. 361, LSC; las agrupaciones de colaboración, art. 367, segundo párrafo, LSC; la unión transitoria de empresas, art. 377, tercer párrafo, LSC; los consorcios de colaboración de la ley 26.005, que se deroga en el ACC, aunque no llevan el nombre de ‘sociedades’, aparecen reguladas en la ley respectiva), de donde personalidad jurídica y sujeto de derecho no son términos equivalentes. El art. 31, CC, dispone que la capacidad de las personas jurídicas de adquirir derechos y contraer obligaciones nace de la ley y de las formas en que ésta le reconoce esa aptitud. De ello se sigue, sin esfuerzo a mi juicio, que la personalidad jurídica no otorga sin más la calidad de sujeto de derecho; de allí que las disposiciones especiales antes referidas puedan decir, con coherencia, que sólo son sujetos de derecho las que la misma ley menciona y no lo son aquellas a las que se niega esa calidad. Las razones del legislador pueden ser variadas, lo que no significa que la técnica legislativa sea adecuada, pues no

²⁸ GARCÍA TEJERA, NOBERTO J., *Persona Jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 24.

se puede sostener que la sociedad como sujeto de derecho diferenciado nazca del mero consentimiento expresado por los integrantes (socios), dentro o fuera de la tipología que la misma ley establece, y a un tiempo sostener lo contrario. En el caso de los consorcios de cooperación (ley 26.005), que nacen de un contrato, el interés en la agrupación está en obtener los fines de su institución, pero a través del acompañamiento de otras sociedades de parecido objeto; algo así, como que el mayor número y la mayor importancia de la organización, habrán de permitir beneficios que, de otro modo, costaría o sería dificultoso conseguir. El art. 2 de la ley 26.005, dice que “*Los ‘Consortios de Cooperación’ que se crean por la presente ley no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho. Tienen naturaleza contractual*” (sic). Las sociedades comerciales, además de su origen y naturaleza contractual, son, según el CC vigente, personas jurídicas privadas (art. 33, segundo párrafo, inc. 2º, CC) y sujetos de derecho (art. 31, CC y art. 2, LSC). Las sociedades civiles son personas jurídicas privadas según el art. 33, CC, citado, y sujetos de derecho, según el art. 31, CC, y, si bien el art. 1715, CC, prevé la personalidad diferenciada del socio cuando es claro que actúa en representación de la sociedad, no lo libera de las deudas sociales (art. s. 1713, CC); es decir, que la calidad de sujeto diferenciado no alcanza, en la sociedad civil, para poner a resguardo el patrimonio de los socios frente a los acreedores de la sociedad pues, según el art. 1713, CC, éstos son ‘también’ deudores de los acreedores sociales (“*Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios*”, sic). En la LSC la solución es la opuesta (art. 2, LSC) al tiempo en que, en las sociedades colectivas, los acreedores del socio no pueden afectar a la satisfacción de sus créditos las partes de interés (art. 57, 372, LSC), sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios (art. 126, LSC). He de recordar que conforme a la redacción del art. 41, CC vigente, que las personas jurídicas gozan “*en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes*”, etc.; pero su capacidad de derecho está limitada por el fin de su institución (objeto); ese ‘objeto social’ que, según la LSC, debe ser preciso y determinado, define, determina o acota las facultades jurídicas que pueden desenvolver. A ellas no se les aplica las nociones de ‘capacidad de ejercicio o de hecho’, toda vez que sus órganos representantes actúan ‘como si fueran’ la sociedad misma, y en la esfera de sus propias atribuciones (según los estatutos o la ley); y no pueden realizar actos notoriamente extraños al objeto social (art. 58, LSC); cuando el administrador actúa, lo hace como órgano de la sociedad y, por tanto, es la sociedad misma quien actúa. Las asociaciones del art. 46, CC, o ‘simples asociaciones civiles o religiosas’, que no son personas jurídicas, son sujetos de derecho siempre que su constitución y designación de autoridades esté acreditado por escritura pública o instrumento privado con las firmas certificadas. La sociedad de hecho también está contemplada en el CC vigente (art. 223, inc. 3º, CC y art. 1663, CC), aunque como modo de distinción de la ‘sociedad conyugal’ que surge del matrimonio (art. 1261,

CC; v. art. 223, inc. 2º, CC).

A mi entender, aquella falta de coincidencia entre persona jurídica y sujeto de derecho, surge prístina de las breves consideraciones precedentes.

En el ACC, en el Libro Primero, ‘De la parte general’, Título II, ‘De la persona jurídica’, se legisla sobre ésta en capítulos y secciones, entre los arts. 141 y 224, ambos inclusive, en los que prevé todas las contingencias a que se encuentra sometida la persona jurídica, ocupándose de su caracterización, composición, clases, atributos y efectos, funcionamiento, disolución y liquidación, así como de las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones -con una completa regulación-, y la autoridad de aplicación y sus atribuciones. En fin, una precisa regulación normativa cuyo análisis excede con creces el objeto de este trabajo. No obstante, me ocuparé de algunos aspectos distintivos frente al vigente sistema del CC.

En primer lugar, el art. 141, ACC, define la persona jurídica diciendo que lo son “*todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto*” (sic). A mi entender, desde que sólo tienen esa atribución los sujetos de derecho, viene a identificar a la persona jurídica con la capacidad de derecho, que nace de la ley. Coincide, en términos generales, con el contenido de los arts. 30, 31 y 32 del CC vigente, en donde la personalidad proviene de la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones; calificación (de ‘personas’) que el CC le confiere a las personas jurídicas por exclusión de las personas físicas (arts. 32 y 52, CC). En definitiva, habrá persona jurídica si el ente tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones para satisfacer su objeto, aunque esto resulte de una facultad que la ley confiere; no es necesario que la ley diga que son o no sujetos de derecho, en la medida que sean personas jurídicas; la capacidad, y sus limitaciones, surgen de ese reconocimiento y de las disposiciones especiales que la limiten por razones que el legislador establezca racionalmente; así, no pueden realizar actividades financieras o de seguro sino un determinado tipo de sociedades. En el caso de la persona por nacer tiene esa capacidad limitada a la posibilidad de adquirir bienes por donación o herencia (art. 64, CC), desde que tiene incapacidad absoluta ‘de hecho’ (art. 54, inc. 1º, CC). El ACC sin nombrar específicamente a la persona por nacer, en el art. 21, ACC, dice “**Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume**” (sic). De donde el concebido fuera del seno materno y no implantado, no tiene ningún derecho, ni posibilidad de adquirirlo a menos que sea ‘implantado’. Resulta claro que en el ACC el embrión no implantado no es persona y, en ausencia de otro género, debe ser jurídicamente ‘cosa’.

El art. 142, ACC, tiene como título “*comienzo y fin*” pero sólo dispone que la persona jurídica privada ‘comienza’ su existencia “*desde su constitución*” (sic), sin que, por regla general, requiera autorización legal

para funcionar; no se indica allí cuando termina, pero se regula la disolución y liquidación (art. 163, ACC). No hace referencia concreta al modo de su constitución, que luego prevé para las asociaciones civiles (art. 169, ACC, como forma del acto), para las simples asociaciones (art. 187, ACC, que se rigen por las mismas disposiciones de las asociaciones, art. 187, ACC), y para las fundaciones (art. 193, ACC), eligiendo la escritura pública, para las primeras, y el instrumento público para las fundaciones (art. 193, segundo párrafo, ACC) que, además, requieren autorización estatal para funcionar. Mantiene la personalidad diferenciada (art. 143, ACC), la ausencia de autorización a salvo supuestos especiales, la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales (a salvo tipos especiales) y trae como novedad que la persona jurídica privada es “*ilimitada en el tiempo*” (art. 155, ACC), pero debe constar en el estatuto, y admite la reconducción (art. 166, ACC). El art. 148, ACC, establece cuáles son las personas jurídicas privadas, que comprende a las sociedades (cabe entender que serán las civiles y las comerciales), las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal, incluyendo como novedad a las comunidades indígenas, así como toda otra contemplada en disposiciones del Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento. No hay mención a la calidad de ‘sujeto de derecho’, a salvo la contenida en el art. 2 de la ley 19.550 que el ACC modifica, la que en función de la coherencia del sistema debió suprimirse, toda vez que, como he indicado, la personalidad de los entes que no son personas físicas, resulta de la posibilidad, derivada del ordenamiento, de adquirir derechos y contraer obligaciones para satisfacer su objeto. En el caso de las personas físicas, el art. 23, ACC, establece que “*Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*” (sic). La única mención a la persona por nacer aparece en el art. 24, ACC, para establecer que carece de capacidad de ejercicio o de hecho (también en el art. 592, ACC, que autoriza la impugnación preventiva de la filiación de la persona por nacer). Por fin, el ACC modifica la ley 19.550, pero mantiene su estructura bajo el nombre de ‘ley general de sociedades N° 19.550’, con importantes modificaciones, más allá de la aceptación de la sociedad de un solo socio. El art. 1442, ACC, referido a los contratos asociativos, reitera su carácter contractual y, a mi entender, incurre en el error metodológico de decir que ‘no son’ ni personas jurídicas, ni sujetos de derecho ni sociedades. Los arts. 1448 y sucesivos, ACC, regulan los ‘negocios en participación’, las ‘agrupaciones de colaboración’ (art. 1453, ACC), las ‘uniones transitorias’ (art. 1463, ACC), y los ‘consorcios de cooperación’ (art. 1470, ACC, ahora previstos en la ley 26.005), cuya regulación concluye el Capítulo 16, del Título IV, ‘De los contratos en particular’, Libro III, ‘De los derechos personales’. El ACC no regula específicamente la sociedad ‘civil’, de modo que le serán aplicables las disposiciones de la ‘ley general’ en cuanto se ajuste a su objeto y

particularidades.

4. Algunas conclusiones. La personalidad jurídica atribuida a entes que no son personas físicas, es una facultad del legislador como modo de regular el derecho de asociarse con fines útiles; su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en concreto, de ser ‘sujetos de derecho’, resulta de esa atribución de la ley. De tal modo, todas las personas jurídicas reconocidas en el ACC son sujetos de derecho y no hace falta que se lo indique desde que su capacidad de tal proviene del reconocimiento legislativo. En ello hay una distinción con el CC vigente, como he sostenido antes; pero debieran suprimirse todas aquellas disposiciones que declaran que ciertas relaciones contractuales no son sujetos de derecho, toda vez que no son personas jurídicas (los casos apuntados de la sociedad accidental y los restantes).

Para los creyentes, cristianos, católicos, el hombre ha sido hecho a imagen y semejanza de Dios; prueba irrefutable de ello es Jesús de Nazareth, quien *fue concebido por obra y gracia del Espíritu Santo* (el Credo) y nacido de Santa María Virgen. El instante de la concepción marca el inicio de la vida, que apareja al hombre a las restantes cosas animadas, y le infunde dignidad, que lo distingue de todas ellas. La Naturaleza y el Derecho lo regulan de ese modo; el CC vigente así lo contempla y también el ACC, en tanto la concepción se haya producido en el seno materno o a partir de la implantación del embrión en él. Pero, así como Dios no podría hacer *una cosa tan grande y pesada que Él mismo no pudiera mover* (San Agustín, Descartes) pues contradice la Naturaleza y la razón, del mismo modo el legislador no puede privar al concebido de la dignidad que lo caracteriza y eleva a la condición humana. El hombre inicia su existencia como hombre y conserva su excelsa dignidad desde la concepción hasta la muerte, sin excepción ni distingo alguno. Para quienes creen que la personalidad humana se adquiere con el desarrollo de la corteza cerebral (opinión del juez Martín Farrel), los bebés anencefálicos, condenados a morir prontamente luego de su separación del cuerpo materno, desde que carecen de cerebro no serían personas humanas; pero el Derecho les confiere la potestad de consolidar lo que hubieran adquirido antes de nacer, con la sola condición de su nacimiento con vida; y, en tal caso, no sólo accederían a los derechos adquiridos sino que, a su vez, los transmitirían a sus propios herederos; asimismo, les sería aplicable la previsión del art. 51, CC, según el cual *“Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”* (sic). Para los agnósticos, para los ateos, para los que no creen, para los que creen que el hombre descende de los monos, la Naturaleza y el Derecho les da idéntica respuesta. De allí que el legislador no puede suprimir la dignidad del concebido fuera del seno materno, no sólo porque no es el lugar donde la concepción se produce sino el resultado de la misma su punto de partida y la razón de su personalidad. El ACC, al cosificar al hombre concebido fuera del seno materno, abastece las apetencias del mercado, en el que los humanos

buscan, y allí encontrarán ahora, el modo de burlar y de sortear las razones de la Naturaleza y la Moral por las que los fines más apetecidos de los hombres (la longevidad y aún, la paternidad como continuación del propio ser) no le han sido deferidos. La eternidad ni la perpetuación individual pertenecen a la vida terrena. El CC, como lo fue en su momento, es una herramienta de civilización y debe perseguir, en lo posible, la perfección de las relaciones intersubjetivas de modo que sirva para ayudar a la superación del ser humano, más allá de su función inmediata de consolidar la justicia y la equidad. Como dice el *Preámbulo* de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, “*Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría*” (sic).-

Comodoro Rivadavia, 25 de septiembre de 2012.-

* Abogado (UC, Córdoba). Especialista en Derechos de Daños (UB, Buenos Aires). Magister en Derecho Privado (UP, Buenos Aires). Ex juez civil y comercial (Comodoro Rivadavia). Profesor Ordinario Adjunto por Concurso de Derecho Comercial II (UNP'SJB'). Doctorando en Derecho Privado en UCES (Buenos Aires) y USAL (Salamanca, España).